

学校编码: 10384

分类号_____密级_____

学号: 13020111150252

UDC _____

廈門大學

碩 士 學 位 論 文

民间文学艺术衍生作品的独创性研究

Study on the Originality of Folklore Derivative
Works

黃萍

指导教师姓名: 丁丽瑛

专 业 名 称: 法律硕士

论文提交日期:

论文答辩时间:

学位授予日期:

答辩委员会主席: _____

评 阅 人: _____

2014 年 月

厦门大学学位论文原创性声明

本人呈交的学位论文是本人在导师指导下,独立完成的研究成果。本人在论文写作中参考其他个人或集体已经发表的研究成果,均在文中以适当方式明确标明,并符合法律规范和《厦门大学研究生学术活动规范(试行)》。

另外,该学位论文为()课题(组)的研究成果,获得()课题(组)经费或实验室的资助,在()实验室完成。(请在以上括号内填写课题或课题组负责人或实验室名称,未有此项声明内容的,可以不作特别声明。)

声明人(签名):

年 月 日

厦门大学学位论文著作权使用声明

本人同意厦门大学根据《中华人民共和国学位条例暂行实施办法》等规定保留和使用此学位论文，并向主管部门或其指定机构送交学位论文（包括纸质版和电子版），允许学位论文进入厦门大学图书馆及其数据库被查阅、借阅。本人同意厦门大学将学位论文加入全国博士、硕士学位论文共建单位数据库进行检索，将学位论文的标题和摘要汇编出版，采用影印、缩印或者其它方式合理复制学位论文。

本学位论文属于：

（ ）1. 经厦门大学保密委员会审查核定的保密学位论文，
于 年 月 日解密，解密后适用上述授权。

（ ）2. 不保密，适用上述授权。

（请在以上相应括号内打“√”或填上相应内容。保密学位论文应是已经厦门大学保密委员会审定过的学位论文，未经厦门大学保密委员会审定的学位论文均为公开学位论文。此声明栏不填写的，默认为公开学位论文，均适用上述授权。）

声明人（签名）：

年 月 日

内容摘要

近几年来，知识产权界出现了大量关于民间文学艺术衍生作品的案件，受理法院也对此进行了不同的判决。民间文学艺术衍生作品作为司法中的新兴产物，其独创性的认定有望解法院实践认定中的燃眉之急。而且，民间文学艺术衍生作品带来的新的刺激不但会再现而且可以增加民间文学艺术由传统派生而来的审美感染力，使受众获得新的艺术享受，也使民间文学艺术获得持续不断的传承动力。

本文由引言、正文、结论三部分组成，其中正文分为三章。

第一章为“民间文学艺术及其作品与衍生作品的区别”。该章对民间文学艺术、作品及民间文学艺术衍生作品进行概念分析，明确其受著作权法保护的前提是有独创性。

第二章为“民间文学艺术衍生作品的独创性认定标准”。该章分为民间文学艺术衍生作品的独创性的概念及要件，比较法中不同立法目的下的独创性标准，民间文学艺术衍生作品独创性认定的基本原则及方法。

第三章为“民间文学艺术衍生作品独创性认定存在的问题与制度完善”。该章明确了民间文学艺术衍生作品独创性程度难以把握等问题，并从明确概念，属性，把握程度三个方面给出了完善的建议。

关键词：衍生作品；独创性；利益

ABSTRACT

In recent years, there has been a lot of intellectual property community cases about folklore derivative works and the accepted courts have conducted different verdicts. Folklore derivative works is a new concept emerged in judicial practice in recent years. The research of its originality will help to form a mature approach to protect itself and will also help to solve the problems in court practice. Moreover, the new stimulus brought by folklore derivative works will not only reproduce but also increase aesthetic appeal derived by tradition. In a word, the audience can enjoy the new art, and the folklore heritage can get continuous transmission power.

This article is divided into introduction, text and conclusion, the main text have three parts.

Chapter 1 is "the difference between the folklore, folklore works and its derivative works". By comparing the concepts and legal characteristics of folklore, folklore works and folklore derivative works, We can know that its originality is prerequisite protected by copyright law.

Chapter 2 is "the originality standard of folklore derivative works ". This chapter is composed of originality, comparison of originality standard under different legislative purpose and the principle in the originality recognition process of folklore derivative works, ideological expression dichotomy and substantially similar + contact methods. That can set a theoretical basis for the recognition process of originality of folklore derivative works.

Chapter 3 is "the problems and perfection in originality recognition of folklore derivative works". This chapter points out the uncertainty of derivative works and its protection; originality property uncertain; difficulty to grasp the extent of originality. At last ,I try to give a proposal in a clear concept, properties, the extent of originality.

Key Words: Derivative Works; Originality; Interest

目 录

引 言.....	1
第一章 民间文学艺术及其作品与衍生作品的区别.....	3
第一节 民间文学艺术及其作品与衍生作品的定义.....	3
一、民间文学艺术的界定.....	3
二、民间文学艺术作品的定义.....	3
三、民间文学艺术衍生作品的界定.....	4
第二节 民间文学艺术衍生作品的法律特性.....	6
一、民间文学艺术衍生作品是以民间文学艺术作品为基础.....	6
二、民间文学艺术衍生作品必须具有独创性因素.....	8
第二章 民间文学艺术衍生作品的独创性认定标准.....	10
第一节 民间文学艺术衍生作品的独创性的概念及要件.....	10
一、独立创作完成.....	10
二、体现智力活动.....	10
三、表达作者个性.....	11
第二节 比较法中不同立法目的下的独创性标准.....	12
一、以英美为代表的版权体系标准.....	13
二、以法德为代表的大陆法系标准.....	14
三、比较与归纳两大法系及我国的独创性标准.....	15
第三节 民间文学艺术衍生作品独创性认定的基本原则.....	16
一、遵循著作权法作品独创性判断的一般原则.....	16
二、民间文学艺术衍生作品著作权保护中的利益平衡.....	17
三、民间文学艺术衍生作品独创性判断原则.....	18
第四节 民间文学艺术衍生作品独创性认定的方法.....	20
一、“思想/表达二分法”的认定方法.....	20
二、“实质相似+接触”的认定方法.....	22
第三章 民间文学艺术衍生作品独创性认定的不足与改进.....	25

第一节 民间文学艺术衍生作品独创性认定的现状与不足	25
一、民间文学艺术衍生作品的概念及保护不明确	25
二、民间文学艺术衍生作品的独创性属性界定不清	25
三、民间文学艺术衍生作品的独创性程度难以把握	26
第二节 民间文学艺术衍生作品独创性认定制度的完善	26
一、明确区分民间文学艺术作品与衍生作品	26
二、明晰民间文学艺术衍生作品独创性的属性	27
三、准确把握民间文学艺术衍生作品的独创性程度	28
结 语	29
参考文献	30
致 谢	32

CONTENTS

Foreword	1
Chapter1 The Difference between the Folklore,Folklore Works and Derivative Works	3
Subchapter1 Concept of Folklore,Folklore Works and Derivative Works	3
Section1 Concept of Folklore.....	3
Section2 Concept of Folklore Works.....	3
Section3 Concept of Folklore Derivative Works.....	4
Subchapter2 Legal Feature of Folklore Derivative Works	6
Section1 Derivative Works Based on Folklore Works	6
Section2 Folklore Derivative Works Must Have Originality.....	8
Chapter2 Originality Standard of Folklore Derivative Works...	10
Subchapter1 Concept and Requirement of Originality	10
Section1 Creation in Dependence	10
Section2 Reflect Intellectual Activity	10
Section3 Express the Personality of Author.....	11
Subchapter2 Originality Standard under Different Legislative Purposes	12
Section1 Copyright System Standards Represented by Anglo-America.....	13
Section2 Civil Law Standards Represented by France and Germany	14
Section3 Comparision the Originality Standard between the two legal systems and China.....	15
Subchapter3 Originality of Folklore Derivative Works	16
Section1 Follow the General Principles of Originality Standard.....	16
Section2 Balance of Interests in Folklore Derivative Works.....	17
Section3 Originality Standard of Folklore Derivative Works.....	18
Subchapter4 Recognition Method of Originality of Folklore Derivative Works.....	20

Section1	Ideological Expression Dichotomy	20
Section2	Substantially Similar + Contact Methods.....	22
Chapter3	Problems and Perfection in Originality of Folklore	
Derivative Works	25
Subchapter1	Status and Inadequate in Originality of Folklore Derivative	
Works.....	25
Section1	Uncertainty of Derivative Works and Protection.....	25
Section2	Uncertainty in Originality Property	25
Section3	Difficulty to Grasp Originality Degree of Folklore Derivative	
Works.....	26
Subchapter2	Perfect of Originality of Folklore Derivative Works.....	26
Section1	Distinguish Clearly Folklore Works and Derivative Works	26
Section2	Distinguish Originality Property of Folklore Derivative Works...	27
Section3	Grasp Originality Degree Folklore Derivative Accurately.....	28
Conclusion	29
References	30
Acknowledgements	32

引言

近几年来，知识产权界出现了大量的民间文学艺术衍生作品著作权争议的案件，其中国内比较有影响力的包括：贵州省安顺市文化局诉张艺谋《千里走单骑》著作权侵权案，邓昌伶诉柳州市彩调剧团侵犯《刘三姐》剧本著作权案，南宁剧院因《妈勒带子访太阳》与黄自修产生诉讼案，国家邮政局、邮票印制局与白秀娥就剪纸问题产生著作权案，郭颂与赫哲族乡人民政府在《乌苏里船歌》著作权纠纷方面的案件。从法院的判决结果来看，不仅不同作品的案件出现了不同判决，就是同一类型案件也出现了不同的判决。在张艺谋、张伟平等与贵州省安顺市文化和体育局著作权纠纷案中，“安顺地戏”不受保护就是因为其并非是思想的表达而是对剧目一种类别的划分方式，其署名权不能归任何个人所独有，最后法院驳回了原告的诉讼请求。^①而在黄自修诉南宁艺术剧院一案中，黄自修的《妈勒带子访太阳》和南宁艺术剧院的《妈勒访天边》都是划归为民间文学艺术衍生作品，但因两者时间上的顺承关系，不可避免会存在后者受益于前者的情况，故南宁艺术剧院应对黄自修进行赔偿。^②就同一作品的侵权案件来看，最具代表性的莫过于赵梦林京剧脸谱案。随着赵梦林《京剧脸谱》的脸谱被各种商家用于商业目的的情况出现，为此赵梦林在全国各地展开了多场维权活动，即《京剧脸谱》的侵权诉讼，受理法院也对此进行了不同的判决。在赵梦林诉长沙市雨花区高汉图形设计有限公司著作权侵权纠纷一案中，法院认为原告对书里的脸谱色彩及谱式的著作权归属证明不清，被告高汉公司网站上的矢量图通过计算机软件以计算公式表现京剧脸谱图案，虽然外观形式与原告脸谱相同，但其行为不构成著作权法上的复制和抄袭。^③而在赵梦林与大同市城区老字号外婆桥酒店著作权纠纷案中，赵梦林胜诉则在于其是对京剧脸谱用自身手法进行改造，超越了其固有的画法。^④不仅不同法院对赵梦林作品作出不同判决，就同一法院也对

^① 北京市西城区人民法院（2010）西民初字第2606号民事判决书[Z].

^② 广西壮族自治区高级人民法院（2008）桂民三终字第15号民事判决书[Z].

^③ 长沙市中级人民法院（2006）中民三初字第0399号民事判决书[Z].

^④ 山西省大同市中级人民法院（2005）同民初字第1号民事判决书[Z].

此作出了不同判决。以厦门市思明法院对赵梦林 16 幅不同作品的判决为例，其中，调解 4 件，撤诉 5 件，判决 7 件，其中支持原告诉求的有 6 件，驳回原告诉求的有 1 件。可见，法律实践中对于赵梦林案件的判决并没有出现一致意见。据析，赵梦林创作民《京剧脸谱》、《中国京剧脸谱》两大画册，2003 年 1 月，朝华出版社于 2003 为出版，里面的京剧脸谱均是赵梦林智慧成果的结晶，并明确注明“本书所有图片文字著作权归赵梦林所有，未经本人许可不得使用”。而作为侵权主体的福建雅客、中国集邮、北京沃尔沃等侵权主体的抗辩理由均认为京剧脸谱是民间文学艺术作品，凝结着从古至今无数前辈艺术家的心血和创作成果，其独创性程度远远低于我国《著作权法》上的规定，不应该由赵梦林完全享有著作权。通过相关民间文学艺术衍生作品案例的对比分析，我们不难发现其是否具有《著作权法》规定的独创性是其是否受我国著作权法保护的前提。

要回答上述问题，笔者必须阐述清楚民间文学艺术衍生作品的定义，其是否具有独创性及采取何种标准来进行清晰的界定，如此方可为民间文学艺术衍生作品具有法律属性找到最佳的答案。与此同时，笔者也希望通过民间文学艺术衍生作品的独创性认定研究对民间文学艺术衍生作品保护形成一个成熟的机制作一些努力，希望会有助于解决法院实践认定中的难题。对民间文学艺术衍生作品独创性深入研究，由其带来的新的刺激不但会再现而且可以增加民间文学艺术由传统派生而来的审美感染力，使受众获得新的艺术享受，也使民间文学艺术获得持续不断的传承动力。

第一章 民间文学艺术及其作品与衍生作品的区别

第一节 民间文学艺术及其作品与衍生作品的定义

一、民间文学艺术的界定

民间文学艺术的国际通行术语是 Folklore, 根据《朗文英汉双解词典》, Folk 意指同一种族、民族或有共同生活方式的人民, 即民众或民间; Lore 意指口头传说、学问、经验、或知识。^①Folklore 原属于民俗学范畴的专有名词, 最早由英国著名的考古学家 W.G.Thoms 在 1846 年使用。另外, 国际上以民间文学艺术的表述大约可以分为以下几种: Cultural Property(文化财产), Cultural Heritage(文化遗产), Traditional Cultural Expressions(传统文化表达)等等。

在我国学界, 民间文学艺术其实一直还没有一个比较权威的定义, 在这里引用西南政法大学张耕博士的观点: 民间文学艺术是指由特定地域的社会群体或个人创作, 体现该群体特定品质或文化遗产要素, 代代相传并处于不断发展的各种传统的创造性文学或艺术成果。^②学者认为民间文学艺术具有群体创作性与个体传承性、传统稳定性与时代变迁性、信息地域性与文化开放性、载体有形性与信息无形性等特点。^③比如福建南音, 它是由福建闽南一带的特定群体创作, 带有浓重的闽南特色。它是在盛唐雅乐的基础上加以创作, 后来融元曲、昆腔及闽南民间乐调于一体, 在怀乡思人的主题上表现洁具挚的情感。

二、民间文学艺术作品的定义

从我国现行的立法来看, “民间文学艺术”并不明确, “民间文学艺术作品”则有相对明确的规定。有学者认为: “民间文学艺术作品是指由某社会群体(如民族、区域、国家)在长期的历史过程中创作出来并世代相传、集体

^① 程慧钊. 民间文学艺术的知识产权保护研究(硕士学位论文) [M]. 黑龙江: 黑龙江大学, 2005. 3.

^② 张耕. 民间文学艺术的知识产权保护研究(博士学位论文) [D]. 重庆: 西南政法大学, 2007. 12-15.

^③ 同上, 第 13-18 页.

使用的歌谣、音乐、戏剧、故事、舞蹈、建筑、主体艺术、装饰艺术等作品、素材或风格。”^①也有学者认为：“民间文学艺术作品，是指来自民间的，由某一特定的民族或种族集体创作，经世代流传，不断发展、变异而形成的作品。民间文学艺术作品包括民间文学和民间艺术，它是传统民间文化流传过程中留下的遗产。”^②民间文学艺术作品与民间文学艺术天然不可分割，其素材及形式都对是对民间文学艺术的进一步形象化表达，使其形成具体的形式。民间文学艺术是现代民间文学艺术作品的艺术之“源”，但两者也存在许多不同。从主体来看，民间文学艺术的创作具有群体性与流变性，主体既是创作者又是传播者，其创作主体往往是“不明身份的社区群体”，而作品的主体则相对明确。从客体上看，民间文学艺术的对象不再局限于人文科学，更多地深入到生活处事的样式，甚至涉足思想观念的价值理念。再者，民间文学艺术存续期间较长，不受时间限制，而民间文学艺术作品则受我国《著作权》法上关于作者保护期限的约束。

三、民间文学艺术衍生作品的界定

（一）民间文学艺术衍生作品的研究现状

对于民间文学艺术衍生作品，这一概念不仅在我国现行法律中找不到，在文献中也尚未发现其足迹。在国外，关于民间文学艺术衍生作品出现在 *Modern Pub.A Div. of Unisystems v. Landoll,INC.* 一案中，法官明确地采用了“derivative works”的表达，意即“衍生作品”。也就是说，衍生作品是在原有作品的基础上，进行重铸、转化或改编而形成的作品。而在我国，广西壮族自治区高级人民法院廖冰冰最早提了了民间文学艺术衍生作品的概念，其明确认定黄自修创作的《妈勒带子访太阳》是民间文学艺术衍生作品。

由以上两个关于民间文学艺术衍生作品的界定可知关于民间文学艺术衍生作品的定义尚没有一个统一的权威的定论。从字面上看，民间文学艺术衍

^① 吴汉东, 刘剑文, 主编. 知识产权法学[M]. 北京: 北京大学出版社, 2002. 56-57.

^② 丁丽瑛. 知识产权法学[M]. 厦门: 厦门大学出版社, 2007. 95.

生作品，就是从民间文学艺术作品中衍生出来的作品，其在产生与发展各方面都无法摆脱民间文学艺术作品的轨迹。我们必须从其与民间艺术作品的密切关系及一系列“案例”中摸索出一条定义。

（二）民间文学艺术衍生作品与民间文学艺术作品之比较

民间文学艺术衍生作品，这个词感觉抽象，其实在我们身边随处可见，如云锦、剪纸、脸谱等等都可以是衍生作品。从学理上看，它是从民间文学艺术作品衍生出来的，内容带有民间文学艺术作品的精神和特征，但也有自己独特之处。首先，它的主体不同于民间文学艺术作品。民间文学艺术作品的作者并不确定，可以是个人也可以是群体，是无数的前辈知识的结晶，而衍生作品的主体一般是能够确定的个人，创作者依据自己对民间文学艺术的理解及把握，通过自身的艺术修养进行呈现。比如南音的某些剧目就是衍生作品，就是由特定的一个人或一些人结合某些故事创作出来的。南音的特色剧目就是在宋代编宋代“南戏”五大名剧的基础上加入自身民间特色而创作的。其次，两者的形成方式也不同。民间文学艺术作品的产生是一个不间断的完善过程，且始终处于不断变化发展的状态中。^①而民间文学艺术衍生作品从其产生的根源来看则注定其离不开民间文学艺术，它的表现形式具有一定的固有化。再次，独创性要求不同。民间文学艺术作品在一定程度上会排斥创新，既要有所继承也必须有所发展，其独创性必须保持谨慎的态度。而民间文学艺术衍生作品必须以独创性为基础，否则其很难从民间文学艺术的范围中剥离出来。有学者甚至提出民间文学艺术作品是原创作品，而民间文学艺术衍生作品属于派生作品。^②赵梦林创作的脸谱之所以受著作权法保护，就是因为他的脸谱在传统脸谱基础上加入了自己的独创性元素，形成了民间文学艺术衍生作品。

^① 陈惠珍, 倪红霞. 正确界定民间文学艺术作品与再创作作品—由一件京剧脸谱著作权纠纷案说起[J]. 法治论丛, 2003, (6): 53-55.

^② 邵明艳. 让“乌苏里船歌”的歌声更悠扬—民间文学艺术作品法律保护的探讨[J]. 电子知识产权, 2005, (9): 51-53.

经过笔者上述理论分析，民间文学艺术衍生作品既无法摆脱民间文学艺术的源动力作用，又必须与民间文艺作品保持源流关系，同时也要融入作者思辩性的表达。在此基础上，将民间文学艺术作品加以演绎而形成的一部新的作品。简单的说，就类似于民间文学艺术作品的演绎作品。

第二节 民间文学艺术衍生作品的法律特性

一、民间文学艺术衍生作品是以民间文学艺术作品为基础

民间文学艺术衍生作品与民间文学艺术作品可谓是同中有异，异中有同。下面笔者选取其中几个代表性案例具体分析民间文学艺术衍生作品是如何在民间文学艺术作品上产生的。

黄自修诉南宁艺术剧院纠纷曾众人皆知。^①在广西省有一个“妈勒访天边”的传说，这个民间传说经过一代代的传承，广西人民耳熟能详。1982年，农冠品根据对少数民族的调查资料，将这个传说整理成《妈勒访天边》的文章。黄自修，在1958年根据传说创作改编了一部小说，名为《妈勒带子访太阳》。后来在1999年，南宁市艺术剧院又创作改编了一部剧，名字就是那个民间传说的名字——《妈勒访天边》。“妈勒访天边”早期只是单个民族心中的神话，并未出现具体的有形记载，只能纳入民间文学艺术，农冠品、黄自修、南宁市剧院均进行再创作，以文字呈现神话，成为后人可阅读的形式，可以说是有独创性的固定表达，即民间文学艺术作品，显然，在本案中，农冠品只是将传说简单整理记录，并未加入自己独创性的智力成果，他的《妈勒访天边》仅限于民间文学艺术表达（作品），而黄自修和南宁剧院并不是简单地记录，其是脑力与体力的结合，具有自己的个性化说的基础特征，属于民间文学艺术衍生作品。

发生在2001年的乌苏里船歌案曾轰动一时。本案中的民间曲调是赫哲族祖祖辈辈智慧的结晶，并非个体的创作，属于民间文学艺术。当地群众自己汇编整理而成的具体体现这种曲调的作品，如《想情郎》、《狩猎的哥哥回来

^① 广西壮族自治区高级人民法院（2008）桂民三终字第15号民事判决书[Z].

了》等，就属于民间文学艺术表达（作品）。而郭颂进行了实地考察后，突发灵感而作的歌曲虽然吸纳了《想情郎》曲调，但其更多地是作者个人智慧火花的绽放，在此基础上填词创作的《乌苏里船歌》就是民间文学艺术衍生作品。

又比如白秀娥诉国家邮政局案中的剪纸艺术。^①剪纸，又称作窗花或剪画，在我国拥有悠久的历史。就剪纸的工具来说，有的用剪刀，有的用刻刀；就图案来说，有镂空的，有不同图案的，但创作出来的效果基本与我国民间传统相同，这就属于民间文学艺术。而剪出来的实实在在看得见、摸得着的窗花或剪画，属于民间文学艺术表达（作品）。后来发展过程中，有的人可能在原来的基础上，又加了点自己的花样，有了一些独创性，构成民间文学艺术衍生作品。

在赵梦林京剧脸谱案中，京剧脸谱艺术是我国戏曲艺术中的一种独特的表现方式，是随着中国戏曲艺术的不断发展而形成的。它用各种颜色在演员面部进行夸张的勾画，并通过颜色与图案的不同来反映人物的性格、身份、地位。^②京剧脸谱在传承过程中流派纷呈，各自在脸谱的绘制上也各出奇招。它是我国京剧艺术组成部分，为我国民间广为流传，属于民间文学艺术。而颜色区分人物是京剧脸谱的普适规律，白色，红色代表的角色意义在每个观众眼中都形成了一致，脸部表情的勾勒在观众眼中一见分晓，并不需要通过讨论得到一致意见，这种通过特定表情及颜色表现的人物脸谱则属于民间文学艺术作品。赵梦林通过细心斟酌，凭借其丰富的绘规律经验，选取一些进行创作，采用正脸规律法对不同人物的勾画及普式、色彩的选择都不是简单的收集整理，是其独创的美术作品。这些作品已经不再是身份不明的作者或由某一民族创作并经世代流传的民间文学艺术作品，而是赵梦林利用民间文学艺术作品再创作后形成的民间文学艺术衍生作品。

^① 北京市第一中级人民法院（2001）一中知初字第185号民事判决书[Z].

^② 陈惠珍, 倪红霞. 正确界定民间文学艺术作品与再创作作品—由一件京剧脸谱著作权纠纷案说起[J]. 法治论丛, 2003, (6): 53-55.

Degree papers are in the "[Xiamen University Electronic Theses and Dissertations Database](#)". Full texts are available in the following ways:

1. If your library is a CALIS member libraries, please log on <http://etd.calis.edu.cn/> and submit requests online, or consult the interlibrary loan department in your library.
2. For users of non-CALIS member libraries, please mail to etd@xmu.edu.cn for delivery details.

厦门大学博硕士论文摘要库